

判例評釈

〔外国刑事判例研究〕

早稲田大学刑事法学会

正当防衛：法的に要請された行動による侵害の誘発

— BGH, Beschluss vom 4.8.2010-2StR 118/10 —

木 崎 峻 輔

【事実の概要】

被告人の16歳の息子Mと、Mと同年代であるAの間には、度々揉め事や暴力沙汰が生じていた。このような状況下で、Aは、自分の兄である附帯私訴人HをMとの争いに介入させ、Mを脅迫した。Hは、力が強く、暴力の行使も辞さない性格であり、多くの若者は彼を恐れていた。また、HとMは、すでに数回喧嘩になったことがあり、Hは一度Mに平手打ちをしたこともあった。犯行当日の夕方、AはMに声をかけて、Hの名前ですぐにOという場所に来よう要求した。Mは、この要求をHが自分を殴打することの告知として受け取った。MはHをととても恐れていたため、このことを自分の父である被告人に相談し、Oまで同行することを求めた。そして、Hが暴力的で怒りっぽいことを知っていた被告人は、MとAの争いに関する事実を明らかにすることでHが譲歩するだろうと考えたが、それがうまくいかなかった場合には、暴力沙汰にもなりうると考えた。

そこで、被告人は、Mと、それぞれ14歳、15歳の未成年者であるMの友人2人と共に、ポケットにバタフライナイフを所持してOに向かった。Mの友人2人は、荷物に野球のバットを入れており、被告人も途中でそのことに気付いたとされる。そして、Oに着いた被告人は、HがいたOのレストランのドアマンに、ひどく怒った態度でHを外に出すよう要求した（侵害招致行為）。その間、Mと14歳の友人は数メートル離れて立っており、15歳の友人はさらに数メートル離れて立っていたとされる。

しばらく経った後で、重い木の棒を持ったHが、争いを待ち受けた様子で、仲間を連れて外に出てきた。Hの仲間は、少なくとも8人で、その何人かは成人であり、何人かはHと同じように木の棒を持っていた。そして、被告人とHの短く激しい口論の後、Hが力を込めて被告人の左腕を殴打した（侵害行為）。

そして、Hが、2回目の殴打のために構えて、被告人の上半身または頭部を狙った際に、被告人は、手に持ったバタフライナイフをHに向け、左腕で殴打を防ぎ、同時に右側からHの周りを回って、背後からHの上半身を突き刺した。これにより、被告人とHの両者は、共に地面に倒れたが、Hは被告人の胸倉をつかんでさらに殴打を加え、被告人もHにさらなるささいな殴打を加えた。これらのHに対する攻撃のうち、Hの上半身への刺突は、彼の肺を損傷し、差し迫った生命の危険を生じさせた（反撃行為）。〔括弧内は評者〕

原審のケルン地方裁判所（LG Köln）は、まず、被告人によるHの上半身への刺突が正当防衛として正当化されるか否かについて、被告人がレストランに到着した時の態度は、客観的な観察者にとっては、明らかに話し合いに来たのではなく、殴り合いに来たと推測されるものであり、被告人は正当防衛状況を社会倫理的に拒否される方法（sozialethisch zu missbilligender Weise）で惹起したとして、その正当防衛権は制限されるとした。しかし、Hの攻撃の危険性を理由に、被告人は攻撃を回避することや効果を期待できる防御行為に出ることも、他のより緩やかな反撃行為に出ることも不可能であり、その反撃行為は正当防衛として正当化されるとした。もっとも、被告人は、正当防衛状況を惹起した行動について、主観的・客観的に注意を欠いており、それにより予見可能な被害者の傷害結果を生じさせたとして、Hに傷害を負わせたことにつき過失傷害罪で処罰されるとした。これに対して、被告人が上告した。

【判旨】

被告人の上告に対して、連邦通常裁判所（BGH）は、原判決が被告人の挑発行為を理由に正当防衛権が制限されるとしたこと及び過失傷害罪の成立を認めたことについて、被告人による非難しうる正当防衛状況の挑発と、それと同時に現れる義務違反、すなわち過失傷害罪の成立を認めることは、法的に誤りであると判示し、原判決を破棄し、地裁に差し戻した。

前提として、連邦通常裁判所は、正当防衛権の制限基準について、従来の判例の基準に従い、被侵害者の先行行為が義務に反するものであるか社会倫理的に拒否されるものである場合には、被侵害者の正当防衛権が制限されるが、先行行為が法的に要請された、または許容されたものである場合には、正当防衛権は制限されないとした。その上で、被告人の侵害招致行為について、「地裁の認定は、被告人が違法な、またはそうでなければ社会倫理的に拒否される方法で、非難しうる正当防衛状況の招致をしたことを裏付けるものではない。」と判示した。すなわち、被告人が、Hがいたレストランのドアマンに、ひどく怒った態度でHを外に出すよう要求した行為については、被告人は、暴力的で力が強く、Mとの喧

嘩を望んでいたHが再びMと出くわすかどうか、いつ出くわすかを成り行き任せにすることはできず、Hを問い詰めるべきであったとした。それゆえ、このような被告人の登場は、Hに対する、社会倫理的に拒否され非難しうる挑発にはあたらないとした。また、被告人がMとその友人と共に現れたことを考慮しても、被告人と同行した若者らは脇に離れて立っており、被告人と同様に凶器を所持しているとは認識できなかったことから、非難しうる挑発にはあたらないとした。

また、被告人を、その先行行為を理由に過失傷害罪で有罪としたことについては、被告人に正当防衛権の行使が認められ、かつ他罪を理由に処罰をする場合には、正当防衛権の行使について構成要件を満たしているか再度の判断を要し、バタフライナイフの所持を理由として、傷害結果の帰責性を復活させることは許されないとした。そして、本件事例は連邦通常裁判所第3刑事部の判示、すなわち被告人の行為につき正当防衛を認めつつ過失傷害罪の成立を認めた連邦通常裁判所2000年11月22日判決の根底にある事案とは異なるとして、原審による過失傷害罪を理由とする有罪の言渡しを破棄した。

【検討】

1 問題の所在

本決定は、被告人が凶器を所持して被害者の元に出向いた行為等を理由に、被告人の正当防衛権が制限されるかという、いわゆる自招防衛の事案において正当防衛の成否が問題となった事案である。自招防衛が問題となる事案においては、どのような性質の侵害招致行為が正当防衛権の制限をもたらすか、また、制限の結果として被侵害者にはどのような対応が要請されるのかについて議論がある。本決定は、この点について、従来の連邦通常裁判所が用いてきた正当防衛権の制限基準を用いることを確認し、その上で、本件における被告人の侵害招致行為は、

(1) BGH NStZ 2001, 146 (Urt.v.22.11.2000). 同判決に対する評釈として、Christian Jäger, JR 2001, 512; Armin Engländer, Jura 2001, 534; Tomoko Utsumi, Jura 2001, 538; Hans Kudlich, JurBüro 2003, 32; Sigmund P Martin, JuS 2001, 512; Wolfgang Mitsch, JuS 2001, 751; Claus Roxin, JZ 2001, 667; Jörg Eisele, NStZ 2001, 416. また、同判決を紹介するわが国の文献として、鈴木彰雄「違法な先行行為があった場合の正当防衛権と過失致死罪の成否」比較法雑誌36巻3号（2002年）121頁。

(2) ドイツ刑法典は、正当防衛について、32条1項で「正当防衛によって必要とされる行為を行った者は、違法に行為をしたものではない。」と規定し、同条2項で「正当防衛とは、現在の違法な攻撃から自己又は他の者を回避させるのに必要な防衛である。」と規定している。なお、以下ドイツ刑法典の邦訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（2007年、法曹会）によった。

正当防衛権の制限をもたらすものではないという重要な事実認定の先例を示したものである。

このような判示内容と関連して、本決定の意義を明らかにするためには、以下の点が問題となる。まず、本決定が、侵害招致行為が違法ではなく、社会倫理的に拒否されるにすぎない場合にも正当防衛権の制限を認めるという見解を採用したことの当否が問題となる。そして、もしこのような判断が妥当なものであるならば、本決定が、被告人の先行行為を、許容された先行行為と解したことの理由、すなわち、被侵害者の先行行為が、正当防衛権を制限するような社会倫理的に拒否されるものといえるか否かは、どのような事情から判断されているのかが問題となる。また、本決定は、被告人の侵害招致行為を理由に過失傷害罪の成立を認めた原審の判示を取り消している。原判決が、被告人の侵害招致行為を直接の理由として犯罪の成立を認めたことは、いわゆる原因において違法な行為の理論⁽³⁾を採用しているようにも見える。そこで、本決定が被告人の侵害招致行為を直接の理由に過失傷害罪を認めた原審の判断を取り消したことは、同理論との関係でどのような意義を有するかが問題となる。

2 侵害招致行為を理由とする正当防衛権の制限

(1) ドイツの学説と判例の概要

まず、本決定が、違法ではない侵害招致行為がなされた正当防衛権の制限を認める見解を採用したことの当否を検討する前提として、自招防衛の事案における正当防衛権の制限に関するドイツの通説と判例を概観する。

ドイツの通説は、自招防衛の事案を、意図的招致、すなわち正当防衛の保護の下で他人に損害を加えるために侵害を招致する場合と、その他の招致、すなわち意図的招致以外で違法な攻撃を招致する場合に分類している⁽⁴⁾。そして、前者については、権利の濫用により正当防衛権を完全に否定し、被侵害者を侵害者に対す

(3) Vgl. Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, S.364; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, S.689ff. 同書の邦訳として、山中敬一監訳『ロクシン刑法総論第1巻 [基礎・犯罪論の構造] [第4版]』(2009年、信山社)。また、同理論に関するわが国の文献として、山口厚「自ら招いた正当防衛状況」『法学協会百周年記念論文集第2巻』(1983年、有斐閣) 721頁以下、山中敬一『正当防衛の限界』(1985年、成文堂) 140頁以下、津田重憲『正当防衛の研究』(1985年、時潮社) 195頁以下、齋藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』(1991年、多賀出版) 212頁以下、橋爪隆『正当防衛権の基礎』(2007年、有斐閣) 280頁以下等。

(4) Vgl. Bernd von Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band1, 2. Aufl., 2011, S.1536; Roxin, a.a.O. (Anm.3), S.687ff. 齋藤・前掲注(3) 198頁以下。

る故意の加害のかどで処罰する。これに対して、後者については、正当防衛権を完全に失わせるわけではないが、その挑発行為を理由に、挑発行為が故意に為されたものか、過失で為されたものかといったその態様に依じて、正当防衛権は制限を受けることになるとする。このように、学説は、意図的招致の場合を特別なものと扱っており、それ以外の侵害招致行為の態様の区別は重視していないといえることができる。そして、このような正当防衛権の制限をもたらず侵害招致行為は、違法な態様で被侵害者の法益を侵害するものでなければならないとされる⁽⁷⁾。その理由としては、違法ではないが社会倫理的に否認に値するものは、法的カテゴリーでもはや捉えることはできず、道德の問題であるということ、社会倫理的に非難されるだけの者は、それでもまだ法に基づいて行為しているのであるから、そのことは正当防衛を制限する力を持たないということ、そして、禁止されていないことは、当然のこととして受忍するか、それと同等のことを返すにとどめるべきこと等が挙げられている。もともと、この違法な先行行為は、刑法上の法益侵害行為には限られないとされる⁽⁹⁾。

これに対して、ドイツの判例には、意図的招致の事案とされたものは存在しない⁽¹⁰⁾。しかし、判例は、それ以外の侵害招致行為を以下のように分類している⁽¹¹⁾。まず、「義務違反となる先行行為」として、その先行行為が、当該事例における全ての状況の思慮深い評価によれば、被侵害者の義務違反の相当かつ予見可能な結果としての侵害を出現させるものである場合に、正当防衛権の制限がなされる。この「義務違反となる先行行為」は、通説における「違法な先行行為」に相当するものと思われる。次に、「社会倫理的に拒否される先行行為」として、社会倫理的に拒否される先行行為と違法な侵害の間に、時間的・場所的な事実的連関が存在し、行為者の認識によれば、先行行為が侵害を招致するのに相応しい

(5) Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.3), S.687ff. 齋藤・前掲注(3) 200頁以下。

(6) 橋爪・前掲注(3) 192頁、大杉一之「自招侵害における自招行為と侵害行為の関連性について」北九州市立大学法政論集38巻4号(2011年) 10頁。

(7) Roxin, a.a.O. (Anm.3), S.693. 橋爪・前掲注(3) 272頁。

(8) Roxin, a.a.O. (Anm.3), S.693

(9) Vgl. Claus Roxin, Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts, ZStW Bd. 93, 1981, S.90.

(10) 橋爪・前掲注(3) 212頁。また、vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.3), S.693. なお、わが国の判例においても、厳密な意味での意図的招致の事案は見当たらないが、これに類似する事例は、喧嘩闘争と正当防衛の問題として処理されていると思われる。

(11) Lea Voigt/Klaus Hoffmann-Holland, Notwehrprovokation und actio illicita in causa in Fällen der Putativnotwehr, NSTz 2012, S.364.

(12) このような近時の判例として、BGH NSTz 2006, 332 (Urt.v.02.11.2005)。

ものである場合に、正当防衛権が制限される⁽¹³⁾。これらの場合には、被侵害者は、事情によっては侵害者を追い払おうと試みなければならず、他の防衛可能性を使い果たすか、安全の見込みがない場合にのみ、生命に危険を生じさせる反撃に変更するべきであるとされる。そして、「法的に要請された、または許容された先行行為」は、行為者がこの態度により違法な侵害を招くであろうことを知っていた、または知りえた場合であっても、そのことのみを理由として正当防衛権の制限をもたらし⁽¹⁴⁾ないとされる。

このように、判例と通説の違いは、違法ではないが社会倫理的に拒否される先行行為がなされた場合に、判例は正当防衛権の制限を認めるが、通説は認めないという点にあり、判例の立場の方がより正当防衛権の制限を認める範囲が広いといえることができる。

(2) 侵害招致行為が違法でない場合における正当防衛権の制限の当否

では、このような通説の立場と、判例の立場はどちらがより妥当なものといえるか。すなわち、本決定が採用した、侵害招致行為が違法でない場合でも正当防衛権が制限される見解は妥当なものといえるかが問題となる。

本決定の評釈には、本決定も採用した判例の立場は、正当防衛権の制限にとって不明確であり、また適法な行為と違法な行為の間の境界を不明確にすると批判するものもある⁽¹⁵⁾。この問題に関するわが国の文献にも、これと同様の見解に立つものがある⁽¹⁶⁾。しかし、自招防衛が問題になる事案の性質をみると、自招防衛が問題になる事案の多くは、いきなり違法な先行行為がなされるのではなく、口論やささいな揉め事が発展して事件になることが多く、事案の適切な解決のためには、明確に違法といえる行為以外にも考慮せざるを得ないと思われる。この点について、例えば、連邦通常裁判所1996年3月21日判決⁽¹⁷⁾においては、列車のコンパートメントの窓の開け閉めに関する小競り合いが違法な侵害行為の発端になっている。また、連邦通常裁判所2010年11月10日決定⁽¹⁸⁾においては、深夜の路上における被告人

(13) このような近時の判例として、BGHSt 42, 97 (Urt.v.21.03.1996)。

(14) このような近時の判例として、BGH StV, 2011, 223 (Beschl.v.10.11.2010); BGHSt. 48, 207 (Urt.v.12.02.2003); NSTz 2009, 626 (Beschl.v.25.06.2009)。

(15) Voigt/Hoffmann-Holland, a.a.O. (Anm.11), S.364.

(16) 大杉一之「正当防衛の制限」比較法雑誌31巻4号(1998年)212-3頁、齋藤・前掲注(3)210頁。

(17) BGHSt 42, 97. 同判決に対する評釈として、Heiko H Lesch, JA 1996, S.883; Ralf Krack, JR 1996, S.468; Sigmund P Martin, JuS 1997, S.177; Kristian Kühl, StV 1997, S.298. また、同判決を紹介するわが国の文献として、大杉・前掲注(16)202頁。

(18) BGH StV 2011, 223. 同決定に対する評釈として、Voigt/Hoffmann-Holland, a.a.O

と侵害者の口論が発端になっている。もし、通説の立場のように侵害招致行為として形式的に違法な行為しか考慮できないとしたら、自招防衛の事案に関する判断の内実は不十分なものになってしまい、事案の適切な解決が図れなくなってしまうおそれがある。また、通説は、自招防衛の場合に正当防衛権が制限される根拠を、法確証（Rechtsbewährung）の利益の減少から説明しているが、このような立場からは、社会倫理的に拒否される先行行為の場合にも、正当防衛権の制限を認めるべきである。というのは、まず違法な行為と社会倫理的に非難される行為は、全く異なった概念ではなく、両者は連続的な関係にある。例えば、相手に対する侮辱は、刑法上処罰される違法行為であるが、相手に対して著しく非礼な態度を取り、その感情を害する行為は、社会倫理的に非難はされるものの、違法とはされない。⁽²¹⁾しかし、両者の社会的な意味合いはほとんど同じであり、正当防衛権の制限に関して決定的な区別を設けて取り扱う理由は乏しいと思われる。⁽²²⁾そして、通説も、意図的挑発以外の場合における法確証の利益の「減少」による正当防衛権の制限を認めているように、法確証の利益は、それが存在するか否かだけではなく、その量の多寡も問題とされるアナログ的な概念である。そうであるならば、社会倫理的に拒否される先行行為の場合も、違法な先行行為の場合よりは幾分か少ない法確証の利益の減少が生じるはずである。そこで、違法ではないが、それに準じるような社会倫理的に拒否される侵害招致行為がなされた場合も、法確証の利益がある程度は減少することになるので、それに応じた正当防衛権の制限がなされると解すべきである。これらの理由から、判例が先行行為が違法である場合以外にも正当防衛権の制限を認めていることは、事案の適切な解決という観点からも、法確証の利益に関する理論的な観点からも、妥当であると解される。

(Anm.11), S.362.

(19) Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.3), S.683f. 齋藤・前掲注(3) 209頁、橋爪・前掲注(3) 270頁。

(20) ドイツ刑法典185条は、「侮辱は、1年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が暴力行為を手段として行われたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。」と規定する。

(21) Roxin, a.a.O. (Anm.3), S.693は、「侮辱的でない嘲弄的な言辞」は正当防衛権の制限をもたらさないとする。

(22) 「侮辱」そのものではない「著しく非礼な態度」も、相手の人格権や名誉を害するという点では何ら変わりはなく、このような行為は単なる道徳の問題として考えるべきではない。また、Roxin, a.a.O. (Anm.9), S.90は、挑発行為が問題となる多くの事案は侮辱又は一般的な人格権に対する何らかの侵害として法的に捉えることができるとするが、このように解するのならば、率直に社会倫理的に拒否されることを理由に正当防衛権の制限を認めるほうが自然であると思われる。

(3) 本決定における侵害招致行為の意義

このような前提に立った上で、連邦通常裁判所は、被告人の侵害招致行為を、上記の分類における「法的に要請された、または許容された先行行為」と解して、正当防衛権の制限を否定している。それでは、連邦通常裁判所は、何を根拠に被告人の侵害招致行為を「法的に要請された、または許容された先行行為」と解しているのか。

例えば、社会倫理的に拒否される先行行為を理由とする正当防衛権の制限を認めた重要判例である、連邦通常裁判所1996年3月21日判決においては、列車の一等客室のコンパートメントに乗車していた被告人が、同じコンパートメントに乗車してきた一等客室の切符を所持していない被害者を追い出そうとして、冷たい空気を流入させるために客室の窓を開けたという先行行為を理由に正当防衛権の制限を認めている。このような被告人の先行行為は、一見すると本決定の被告人の先行行為よりも社会倫理的な非難の程度は低いように思われる。しかし、同事案において被告人は、単に1回窓を開けただけではない。すなわち、被告人は窓を開けてすぐ寒がった被害者が窓を閉め、同様の事態が何度も繰り返された後、被害者からもう一度窓を開けたら殴打すると脅迫されたにもかかわらず、被害者に対し携帯していたナイフを見せつけようとした上で窓を開け、さらに寝そべるような姿勢になって足を向こう側の座席に置くことにより、コンパートメントの半分の場所を占拠するという行動に出ている。連邦通常裁判所は、このような被告人の先行行為を「その重大性においては、重大な侮辱行為に匹敵するものである」と評価している。このような判示は、本判決が侵害招致行為として認定した被害者を追い出すために窓を開けて冷たい空気を流入させた行為そのものだけではなく、被害者の警告にもかかわらず何度も同様の行為を繰り返したことや、被害者に対しナイフを見せつけようとしたことや、寝そべるような姿勢になってコンパートメントの半分の場所を占拠したことなどの、被害者をコンパートメントから追い出そうとする強固な意思に基づく態度を考慮したものであると解される。このような被告人の態度は、積極的に被害者との闘争を望むようなものであるといえる。

これに対して、本決定における被告人の態度を検討すると、たしかに被告人はバタフライナイフという武器を所持し、ひどく怒った口調でHを出すよう要求しており、自ら積極的に闘争に出向こうとしているようにも見える。このことから、本決定の評釈には、被告人の行為は「私的制裁」であるとして、連邦通常裁判所がこれを許容された先行行為と評価したことを批判するものもある。⁽²³⁾しかし、本件において被告人は、あくまでHと話し合いをするために息子に同行したのであ

(23) Bernhard Kretschmer, Notwehr in Showdown, Jura 2012, S.192.

り、争いになるのはそれがうまくいかなかった例外的な場合だと考えていたとされる。また、Hと被告人の息子の間にはすでに争いが生じており、このような状況下で被告人が息子と共にHの元に出向くことには、さらなる暴力的な争いを未然に予防する行為としての意味も認められる。さらに、たしかに被告人はバタフライナイフという凶器を所持しており、複数の仲間を引き連れていたが、Hが被告人とその仲間が武装していたことを認識しなかった以上、これらの事実はHに対して闘争を臨む姿勢を示すものではないといえることができる。すなわち、被告人の行動は、あくまでMのためにHと話し合いに向かうというものであり、侵害を予期し、凶器を所持していたことは、万一に備えて、という意味を有していたにすぎないものと解することができる。

これらの判例を比較すると、正当防衛権の制限を認めた連邦通常裁判所1996年3月21日判決における被告人の先行行為に対して、本決定における被告人の先行行為は、積極的に闘争を望むようなものではないといえることができる。積極的に闘争を望むような態度をとった者が正当防衛権を行使する場合には、いわば争いを拒まず、法秩序をないがしろにする者による正当防衛がなされることになるので、その反撃行為についての法確証の利益は減少するといえる。そこで、連邦通常裁判所は、被告人の先行行為が、闘争を望み、また闘争が生じてかまわないという態度を示すような態度を示すものである場合に、社会倫理的に拒否される侵害招致行為を理由に正当防衛権を制限すると解しており、本決定における被告人の先行行為には、このような態度が認められなかったことから、正当防衛権を制限するものではないと判断したように思われる。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾

3 侵害招致行為と過失傷害罪

また、本決定は、被告人の正当防衛行為の原因を作った侵害招致行為を理由に過失傷害罪を認めた原審の判示を破棄している。この点に関して、本決定がこのような原審の判断を破棄したことは、連邦通常裁判所が原因において違法な行為の理論を採用しないという立場を示すものといえるのが問題となる。

原因において違法な行為の理論とは、防衛行為者の挑発行為により侵害が招致

(24) このように考えると、ドイツ連邦通常裁判所の自招防衛の事案における価値判断と、わが国の判例の喧嘩闘争と正当防衛や積極的加害意思が問題になる事案における価値判断には共通点があるように思われる。両者の関係については、別稿で検討する。

(25) 我が国における自招防衛に関する近時の重要判例である最決平20・5・20（刑集62巻6号1859頁）においては、被告人がゴミ捨て場での口論をきっかけとして被害者に平手打ちをした行為を侵害招致行為として正当防衛権を否定しているが、本決定が用いた基準によれば、このような事案においても正当防衛権が制限されると思われる。

された場合に、侵害に対する正当防衛の成立は肯定したとしても、それを通じて法益侵害を惹起したことを理由に犯罪の成立を肯定する理論をいい、⁽²⁶⁾同理論は故意犯による処罰だけでなく、過失犯による処罰も根拠付けるとされる。⁽²⁷⁾そして、原因において違法な行為の理論により犯罪の成立を肯定する場合には、侵害招致行為と法益侵害結果の間に、因果連関、責任連関が存在することが必要であると⁽²⁸⁾される。

本決定は、被告人の先行行為が社会倫理的に拒否されるものであるとした原審の判示を取り消し、被告人の先行行為を許容されたものであると判示しているが、被告人の先行行為が何ら非難されるものではないのならば、この先行行為を理由に被告人に犯罪を成立させることはできない。そこで、本決定が、被告人に過失傷害罪を認めた原審の判示を取り消したのは、被告人の先行行為についての評価が変更されたことが原因であると解される。また、仮に被告人の先行行為が違法または社会倫理的に拒否されるものであったとしても、Hは、被告人に対して、仲間を引き連れて凶器を所持した上で闘争に望むという態度を示しており、Hに傷害の結果が生じたのは、自ら積極的に闘争に望んだためである。すなわち、Hが傷害を負ったのはいわばHの自己責任の結果であり、侵害招致行為と法益侵害結果の間の因果連関を欠いているため、本決定の事案は、原因において違法な行為の理論⁽²⁹⁾を用いた場合でも被告人を有罪とすることはできない事案である。このように、本決定が被告人の過失傷害罪を認めた原審の判示を破棄したのは、本件の事実認定の帰結によるものであり、このことを理由として、連邦通常裁判所が原因において違法な行為の理論を否定したと解することはできないと思われる。

ところで、本決定が引用する連邦通常裁判所2000年11月22日判決は、被告人が被害者を散弾銃で射撃し死亡させた行為につき正当防衛による正当化を認めつつ、その侵害招致行為を理由として被告人を過失致死罪で有罪とした事案である。同判決については、連邦通常裁判所が実質的に原因において違法な行為の理論⁽³⁰⁾を承認したものと評価する見解もある。しかし、同判決は、過失致死罪を認めた部分とは別の部分で、明確に原因において違法な行為の理論を否定しており、また、散弾銃という刃物等と比較すると暴発等の予期せぬ危険が生じる可能性が高い凶

(26) 山口・前掲注(3) 751-2頁、山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣、2007年) 121頁、橋爪・前掲注(3) 280-1頁など。

(27) Heintschel-Heinegg, a.a.O. (Anm.4), S.1537; vgl. Roxin, a.a.O. (Anm.3), S.693.

(28) 山口・前掲注(3) 752頁。

(29) Kretschmer, a.a.O. (Anm.23), S.194.

(30) Roxin, a.a.O. (Anm.3), S.694; Roxin, a.a.O. (Anm.1), S.667; Heintschel-Heinegg, a.a.O. (Anm.4), S.1537.

器が用いられた点が特徴的な事案である。そうであるならば、同判決が被告人に過失傷害罪を認めたのは、単に過失傷害罪の構成要件該当性を検討し、被告人の侵害招致行為が有する危険性と予見可能性を肯定した結果であると解される。⁽³¹⁾原因において違法な行為の理論に対しては、通説の立場から強い批判がなされており、⁽³²⁾また同理論を肯定する立場にも、その適用領域は極めて限定的であるとする立場があることからすると、同理論を用いずとも事案の解決を図ることが可能な事案で、わざわざ連邦通常裁判所がこのような理論を用いる可能性は低い。そこで、本決定が原審の判断を破棄したのも、これと同様に過失傷害罪の成否に関して、侵害招致行為が有する危険性と予見可能性に関する原審の判断を誤りとしたものであり、本件においては、当初から原因において違法な行為の理論は問題にされていなかったと解される。

4 おわりに

以上のように、本決定は、いわゆる自招防衛の事案において、被告人の正当防衛権の制限を否定した事案である。本決定が、従来の連邦通常裁判所の見解と同様に、社会倫理的に拒否しうる侵害招致行為の場合にも正当防衛権が制限されうるとした点は、自招侵害の場面に現れる多様な事情を考慮し、事案のより適切な解決を図ることを可能にするという点で、同種事案の処理についてのわが国の議論にも示唆を与えうるものである。もっとも、ドイツ判例における正当防衛の制限は、あくまで制限にとどまり、わが国の自招防衛や喧嘩闘争と正当防衛の判例のように、正当防衛権を全面的に排除するものではないことから、このような大きな違いについては慎重に考慮する必要がある。また、同決定は、どのような侵害招致行為が正当防衛権を制限しうるものであるかについて、被告人の行為が積極的に闘争を望むものであるか否かという点を考慮しているものと解される。このような判断は、自招防衛の問題そのものよりもむしろ喧嘩闘争と正当防衛の問題が大きな問題となっている、わが国における正当防衛の解釈論にも、有益な示唆を与えうるものである。

(31) 橋爪・前掲注(3) 210頁参照。もっとも、原因において違法な行為の理論により過失犯の処罰の基礎付けも肯定する立場からは、このような危険性と予見可能性の考慮も原因において違法な行為の理論の適用に含めることも可能であると思われる。しかし、このような考慮は正当防衛の成否が問題となる場面でのみなされるものではなく、わざわざこのような理解をする必要はないと解される。

(32) Heintschel-Heinegg, a.a.O. (Anm.4), S.1537f.; Claus Roxin, Die provozierte Notwehr-lage, ZStW Bd.75 (1963), S.545ff.; ders., a.a.O. (Anm1), S.667f.; ders., a.a.O. (Anm.3), S.689.

(33) Jürgen Baumann/ Ulrich Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, S.308f.

(34) 橋爪・前掲注(3) 212頁参照。